

University of Groningen

## Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2017

Outhuijse, Annalies

*Published in:*

Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Outhuijse, A. (2018). Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2017. *Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2018(4), 149-157.

<https://www.uitgeverijparis.nl/tijdschriften/tijdschrift/13/SEW-Tijdschrift-voor-Europees-en-economisch-recht>

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2017

56

A. Outhuijse\*

## I. Inleiding

In deze kroniek wordt de ontwikkeling van de bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak op het gebied van het mededingingsrecht uit het jaar 2017 besproken. Bij deze thematische bespreking is een onderscheid gemaakt tussen de bestuurs- en civielrechtelijke zaken en zullen enkel de meest spraakmakende uitspraken worden besproken.

Net als in de voorgaande jaren vertegenwoordigen kartelzaken een substantieel deel van de zaken bij de bestuursrechters (de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB)). In veel van de recente kartelzaken heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) haar bevoegdheid gebruikt om meerdere individuele handelingen aan te merken als één enkele voortdurende inbreuk en als één overtreding te beboeten.<sup>1</sup> In tegenstelling tot de zaken uit het verleden,<sup>2</sup> vormt de uitspraak inzake *Executieveilingen* de eerste en tot nu toe enige keer dat een van de exclusief bevoegde rechters ACM's conclusie dat gedragingen een enkele voortdurende inbreuk vormen niet bevestigde.<sup>3</sup> Op het gebied van het merkbaarheidsvereiste lijkt, in zowel de bestuursrechtelijke als civielrechtelijke rechtspraak, een vaste lijn te zijn bereikt door de hoogste rechters in dit kroniekjaar. Zoals nader zal worden besproken, bevestigde het CBB zijn eigen rechtspraak uit 2016 in *Wmo Friesland* en *Slopersbedrijven* en sloot de Hoge Raad aan bij deze vaste lijn na een duidelijke uiteenzetting van de

praktijk in de laatste jaren op dit gebied door de advocaat-generaal.<sup>4</sup>

Ten aanzien van de civiele rechtspraak hebben zich in 2017 nog andere noemenswaardige ontwikkelingen voorgedaan, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen de zogenoemde follow-on en stand-alone zaken. Bij follow-on zaken vordert de eiser schadevergoeding van veelal een karteldeelnemer bij de civiele rechter volgend op een boetebesluit van de Europese Commissie. Voordelig aan een dergelijke procedure is dat de eiser, in tegenstelling tot in stand-alone zaken, de inbreuk op het mededingingsrecht niet hoeft aan te tonen omdat dit reeds uit het boetebesluit volgt. Bij de stand-alone zaken ontbreekt een dergelijk boetebesluit en dient de civiele partij de overtreding nog wel aan te tonen.

Zoals in de kronieken over 2015 en 2016 reeds besproken is, zijn stand-alone zaken in het algemeen weinig succesvol, omdat weinig civiele partijen erin slagen aan de hun gestelde stelplicht en bewijslast te voldoen.<sup>5</sup> Hoewel dit in 2015 tot geen enkel geslaagd stand-alone beroep leidde, zijn er voor dit kroniekjaar, net als in 2016 het geval was, enkele zaken te bespreken waarbij de stand-alone actie van de civiele partij wel succesvol was.<sup>6</sup>

Bij de follow-on schadevergoedingsprocedures vormde de toelaatbaarheid van het doorberekeningsverweer (zogenoemde *passing-on defence*) in 2017 wederom een bron van discussie. Nadat de Hoge Raad de vraag naar de juridische grondslag van het doorberekeningsverweer had beantwoord in 2016 in de zaak *TenneT/ABB*, wees de Rechtbank Gelderland het beroep van ABB op dit verweer, in navolging van haar eigen uitspraken uit 2013 inzake

\* Annalies Outhuijse verricht promotieonderzoek naar de publiekrechtelijke handhaving van het kartelverbod aan de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage heeft voor de beschrijving van de zaken enige overlap met A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2016', *SEW* 2017, afl. 5, p. 199-210; A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2015', *SEW* 2016, afl. 6, p. 262-271; A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204', *AB* 2017/296; J.J.A. Waverijn & A. Outhuijse, 'Annotatie CBB 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1', *AB* 2017/237.

1 In de zaken *Leesmappen*, *Meel*, *Executieveilingen*, *Wasserijen*, *Scheepsafval*, *Zilveruien* en *Eerstejaars plantuien* heeft de ACM dit concept bijvoorbeeld toegepast.  
2 Zie bijvoorbeeld CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruien*); Rb. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477 (*Wasserijen*); CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:184, ECLI:NL:CBB:2016:185, ECLI:NL:CBB:2016:186, ECLI:NL:CBB:2016:187, ECLI:NL:CBB:2016:188, ECLI:NL:CBB:2016:189 en ECLI:NL:CBB:2016:190 (*Meel*); Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5744 en ECLI:NL:RBROT:2017:5765 (*Leesmappen*).  
3 CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204 (*Executieveilingen*).  
4 CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:184 en ECLI:NL:CBB:2016:187 (*Meel*); CBB 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Wmo Friesland*); CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopersbedrijven*); HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*Agib/SGD en KNMvD*); conclusie van A-G R.H. de Bock van 7 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:290.  
5 Outhuijse 2016; Outhuijse 2017.  
6 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*Agib/SGD en KNMvD*); Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6390; Hof Amsterdam 13 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2270 (*ML Tours/X*).

*TenneT/ABB* en uit 2015 inzake *TenneT/Alstom*,<sup>7</sup> af en kende TenneT een schadevergoeding toe van € 23 100 000 te vermeerderen met de wettelijke rente.<sup>8</sup> Een andere noemenswaardige ontwikkeling in dit type procedures is dat de Rechtbank Amsterdam in een drietal zaken concludeerde dat de schadevergoedingsvorderingen uit een kartel rechtmatig zijn gecedeerd aan een zogenoemd litigation vehicle.<sup>9</sup> Al deze onderwerpen zullen worden besproken in deze kroniek.

## 2. Overzicht bestuursrechtelijke rechtspraak

In dit kroniekjaar lagen zeven ACM-kartelboetezaken voor bij de Rechtbank Rotterdam en het CBB. Het CBB deed in 2017 uitspraak in een drietal zaken: *Wmo Friesland*, *Executieveilingen* en *Slopersbedrijven*.<sup>10</sup> Voor de Rechtbank Rotterdam betrof het de volgende zaken: *Leesmappen*, *Prefab Garageboxen*, *Bencis* en *Meel*.<sup>11</sup> Hoewel de zaken bij het CBB in het algemeen positief uitpaken voor de ondernemingen vanwege een volledige vernietiging van het voorliggende boetebesluit of een verlaging van de boetehoogte, bevestigde de Rechtbank Rotterdam de door de ACM gestelde overtredingen en profiteerden slechts enkele ondernemingen van een boeteverlaging.

### 2.1. Één enkele voortdurende inbreuk

In verschillende zaken uit recente jaren speelde het concept van de één enkele voortdurende inbreuk een rol.<sup>12</sup> Zoals het CBB ook stelde in 2016 in *Zilveruijen* en *Meel* kan op basis van vaste Europese rechtspraak een overtreding van het kartelverbod voortvloeien uit een reeks zelfstandige handelingen indien deze handelingen deel uitmaken van een totaalplan met één gemeenschappelijk doel.<sup>13</sup> De zelfstandige handelingen hoeven echter niet ieder afzonderlijk een overtreding van het kartelverbod op te leveren. Ondernemingen die hebben bijgedragen aan dit totaalplan, hetgeen vereist dat de onderneming kennis had van dit totaalplan, kunnen aansprakelijk

worden gesteld en beboet door de mededingingsautoriteit. De aansprakelijkheid strekt zich tevens uit tot handelingen die onderdeel zijn van dit totaalplan maar waaraan de onderneming zelf niet deel heeft genomen. Het vaststellen van een gemeenschappelijk doel vereist een precieze duiding, de ACM kan volgens het CBB bijvoorbeeld niet volstaan met een algemene verwijzing naar de verstoring van de mededinging op de relevante markt. Zoals uit het bovenstaande blijkt, heeft het toepassen van dit concept diverse voordelen voor de mededingingsautoriteit. Het feit dat, zolang aannemelijk is dat de gedragingen onderdeel uitmaken van het totaalplan, niet hoeft te worden aangetoond dat iedere zelfstandige gedraging een mededingingsrechtelijke inbreuk vormt en niet hoeft te worden aangetoond dat iedere overtreder bij iedere gedraging betrokken was, vereenvoudigt bijvoorbeeld de bewijsplicht voor de mededingingsautoriteit.

Tot het kroniekjaar hadden de Rechtbank Rotterdam en het CBB ACM's toepassing van het concept in de vele zaken uit recente jaren bevestigd.<sup>14</sup> Zo bevestigde het CBB de conclusie van de ACM in *Zilveruijen* dat het kartel onder meer het opkopen van bedrijfsmiddelen van concurrenten en het uitwisselen van prijsinformatie betrof hetgeen onderdeel uitmaakte van een totaalplan met als gemeenschappelijk doel het stabiliseren van de markt en het realiseren van hogere prijzen voor zilveruijen.<sup>15</sup> Dit is anders in de zaak *Executieveilingen* waarbij het CBB, anders dan de Rechtbank Rotterdam, concludeerde dat de ACM onvoldoende bewijs had geleverd om de gestelde gedragingen als een enkele voortdurende overtreding te kunnen kwalificeren.

De ACM heeft in de zaak *Executieveilingen* meer dan 70 veilinghandelaars beboet wegens deelname aan een complex van mededingingsbeperkende gedragingen voorafgaand, tijdens en na afloop van 2328 executieveilingen met als doel een zo laag mogelijke veilingprijs van panden te realiseren.<sup>16</sup> De praktijk van executieveilingen is als volgt. De veiling betreft een gedwongen verkoop van vastgoed wegens verzuim van de schuldenaar in opdracht van een schuldeiser, bijvoorbeeld een bank. De

7 Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*TenneT/ABB*); Rb. Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713 (*TenneT/Alstom*).

8 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT/ABB*); Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724 (*TenneT/ABB*).

9 Rb. Amsterdam 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3166 (*CDC/Kemira*); Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5512 (*SCC/luchtvaartmaatschappijen*); Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607 (*Equilib/luchtvaartmaatschappijen*).

10 CBB 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Wmo Friesland*); CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204 (*Executieveilingen*); CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopersbedrijven*).

11 Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5744 en ECLI:NL:RBROT:2017:5765 (*Leesmappen*); Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:637 (*Meel*); Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:588 (*Bencis*); Rb. Rotterdam 16 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1907 (*Prefab Garageboxen*).

12 In de zaken *Leesmappen*, *Meel*, *Executieveilingen*, *Wasserijen*, *Scheepsafval*, *Zilveruijen* en *Eerstejaars plantuien* heeft de ACM dit concept bijvoorbeeld toegepast.

13 CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruijen*); CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:185, ECLI:NL:CBB:2016:186, ECLI:NL:CBB:2016:187, ECLI:NL:CBB:2016:188, ECLI:NL:CBB:2016:189 en ECLI:NL:CBB:2016:190 (*Meel*). Zie ook Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5744 en ECLI:NL:RBROT:2017:5765 (*Leesmappen*).

14 CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruijen*); Rb. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477 (*Wasserijen*); CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:184, ECLI:NL:CBB:2016:185, ECLI:NL:CBB:2016:186, ECLI:NL:CBB:2016:187, ECLI:NL:CBB:2016:188, ECLI:NL:CBB:2016:189 en ECLI:NL:CBB:2016:190 (*Meel*).

15 CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruijen*).

16 De beschrijving en analyse van de zaak *Executieveilingen* heeft overlap met A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204', AB 2017/296.

veiling bestaat uit twee veilingsonderdelen: een veiling bij opbod (inzetfase) en een veiling bij afslag (afmijnfase). In de eerste fase bieden geïnteresseerde vastgoedhandelaars met een bedrag op het pand. De hoogst geboden prijs wordt de inzetprijs genoemd en is de minimumprijs die voor het pand kan worden verkregen. De schuldeiser kan zelf meebieden in deze fase om op die manier de prijs op te drijven. Bij de tweede fase, de afmijnfase, start de veiling bij de afslag met een beduidend hogere prijs dan de inzetprijs. De vastgoedhandelaar kan het pand aankopen door bij het gewenste bedrag het woord 'mijn' uit te spreken. De eerste handelaar die 'afmijnt' wordt eigenaar van het pand. De prijs uit de inzetfase wordt de verkoopprijs indien het pand niet wordt verkocht in de afmijnfase voor een hogere prijs dan de inzetprijs. Onder vastgoedhandelaars is het een gevestigde strategie om bij interesse voor een pand niet mee te bieden in de inzetfase waardoor de prijs in de afmijnfase lager kan uitvallen en de andere aanwezigen niet op de hoogte zijn van de interesse om het pand te kopen. Om te voorkomen dat alle handelaars deze strategie hanteren en geheel niet wordt ingeschreven in de inzetfase of slechts een zeer lage prijs voor het pand kan worden verkregen, ontvangt de handelaar met de hoogste inzetprijs 'de plok', hetgeen een vergoeding van 1% van de afmijnprijs is. De handelaar ontvangt die korting van 1% op de inzetprijs indien het pand niet wordt verkocht in de afmijnfase voor een hogere prijs dan de inzetprijs. De schuldeiser behoudt te allen tijde het recht om het pand niet te verkopen indien hij de prijs te laag acht.

Zoals vermeld, heeft de ACM meer dan 70 handelaars beboet wegens deelname aan een complex van mededingingsbeperkende gedragingen voorafgaand, tijdens en na afloop van 2328 executieveilingen. Op basis van het verzamelde bewijs, waaronder verklaringen van een aantal betrokken handelaars en voorgedrukte inschrijflijsten waarop namen van handelaars werden aangekruist, concludeerde de ACM dat de handelaars bij 2328 veilingen gezamenlijk inschreven voor de inzetprijs en zij dit deden met als doel de prijs zo laag mogelijk te houden. De vastgoedhandelaars trachtten bij het inschrijven als groep, alhoewel met wisselende intensiteit en frequentie werd samengewerkt, zo veel mogelijk externe inschrijvers te betrekken. In en na de afmijnfase werd vervolgens tevens samengewerkt met eenzelfde doel. Indien het pand werd aangekocht door een van de groepsleden in de afmijnfase, dan werd het pand 'nageveild'. In deze gevallen werd er kort na afloop van de veiling binnen de groep een interne veiling georganiseerd, waarbij de handelaars werden uitgenodigd die gezamenlijk voor de inzetprijs hadden ingeschreven. Het verschil tussen de afmijnprijs en de prijs die door de winnaar van deze naveiling werd betaald, werd verdeeld onder de aanwezige handelaars. De ACM had in totaal 215 naveilingen in het boetebesluit vastgesteld. Indien het pand niet was gekocht door een van de groepsleden maar de plok wel was verkregen, dan werd deze vergoeding voor de hoogste inzetprijs onder de groepsleden verdeeld. De door ACM gestelde enkele voortdurende overtreding

waarvoor de meer dan 70 handelaars zijn beboet betrof kortom een complex van gedragingen bij de 2328 veilingen met als gemeenschappelijk doel de prijs op de executieveiling zo laag mogelijk te houden.

In de uitspraak uit het kroniekjaar stelde het CBb dat de ACM terecht heeft geconcludeerd dat de vastgoedhandelaars in wisselende samenstelling bij 2328 veilingen gezamenlijk inschreven in de inzetfase en dat in geval van 215 veilingen naveilingen hebben plaatsgevonden. Het CBb oordeelde, net als de ACM en de Rechtbank Rotterdam, dat de naveilingen ertoe strekten de mededinging te beperken. Volgens het CBb heeft de ACM echter niet aangetoond dat het gezamenlijk inzetten in de inzetfase in alle 2328 veilingen automatisch leidde tot samenwerking in de vervolgfases. Uit de verschillende verklaringen blijkt volgens het CBb dat dit niet het geval was. Daarnaast blijkt uit het bewijs dat het gezamenlijk inzetten door de handelaars niet altijd tot doel had de laagst mogelijke prijs te verkrijgen, hetgeen ook niet altijd werd gerealiseerd. De samenwerking kon ook enkel het verkrijgen van de plok tot doel hebben. Volgens het CBb 'heeft de ACM kortom niet aangetoond dat het gezamenlijk inzetten steeds bedoeld was om lagere inzetprijs te realiseren of om tot collusie in afmijnfase te komen'. Het overgrote deel van de veilingen waarvoor enkel bewijs was geleverd van het gezamenlijk inzetten (en niet van een daaropvolgende naveiling) kon daardoor niet worden beschouwd als een gedraging die onderdeel uitmaakte van de door de ACM gestelde één enkele voortdurende overtreding, omdat niet was aangetoond dat het gedrag erop gericht was de prijs op de executieveiling zo laag mogelijk te houden. Dit is anders voor de 215 veilingen waarbij was vastgesteld dat er een naveiling was. Het aantal bewezen naveilingen was echter te beperkt om de conclusie van één enkele voortdurende overtreding te rechtvaardigen ten aanzien van alle 2328 veilingen. Concluderend, ondanks dat vaststond dat er bij in ieder geval 215 veilingen mededingingsbeperkende gedragingen hebben plaatsgevonden, vernietigde het CBb de boetes die waren opgelegd aan de vastgoedhandelaars.

De uitspraak beïnvloedt de toekomstige handelswijze van de ACM door grenzen te trekken ten aanzien van het gebruik van de één enkele voortdurende inbreuk, die in de afgelopen jaren veelvuldig door de ACM is gebruikt en ook door de Rechtbank Rotterdam en het CBb was bevestigd. Voorts zet het CBb, op één lijn met de Afdeling, de grenzen uit met betrekking tot het aanleveren van nieuw bewijs na voltooiing van besluitvormingsprocedures en het gebruik van de bestuurlijke lus ter aanvulling hiervan.

Het CBb oordeelt dat bewijsgaring in principe tijdens de besluitvormingsprocedures dient te geschieden en niet in de fases daarna, zoals bij de rechter of door middel van de toepassing van de bestuurlijke lus. De ACM stelde namelijk gedurende hoger beroep dat uit nadere beoordeling van de bewijsmiddelen was gebleken dat het dos-

sier bewijs bevatte voor 572 naveilingen in plaats van 215 zoals aan de boetebesluiten ten grondslag was gelegd. Het CBB accepteerde dit bewijs niet 'omdat deze naderhand gestelde naveilingen niet door ACM in de besluiten in de eerste, tweede en derde tranche en de wijzigingsbesluiten aan de overtreding ten grondslag zijn gelegd'. Het CBB zag geen aanleiding voor toepassing van de bestuurlijke lus gezien de fundamentele gebreken in het besluit. Het CBB vond het hierbij onder meer van belang dat de bezwaaradviescommissie reeds meerdere malen had opgemerkt dat het causaal verband tussen de gezamenlijke inschrijving voor de inzetprijs en de door de ACM gestelde samenwerking in de afmijnfase verdere onderbouwing behoeft, waardoor de ACM reeds de kans had gehad deze gebreken te herstellen. Voorts wees het CBB op het belang van finale beslechting binnen een redelijke termijn ex artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens die de toepassing van de bestuurlijke lus in deze zaak verhinderde. Een uitspraak van gelijke strekking volgde twee dagen later door de Grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, waarbij de Afdeling tot de gelijksoortige conclusies kwam in een vreemdelingenzaak ten aanzien van de grenzen van de bewijsgaring door het bestuursorgaan na de fase van besluitvorming en de toepassing van de bestuurlijke lus ter vergaring van bewijs.<sup>17</sup>

## 2.2. Ernstfactor

De ernstfactor is een van de elementen die onderdeel vormt van de boeteberekening, die zoals de naam suggereert afhankelijk is van de ernst van de overtreding. Voor de kwalificering van de ernstfactor wordt gebruikgemaakt van drie categorieën overtredingen: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. In de boeteberekening wordt de boetegrondslag die gebaseerd is op 10% van de betrokken omzet vermenigvuldigd met de ernstfactor die sinds 2009 varieert tussen 0-5 en voordien varieerde tussen 0-3.

Zoals beschreven in de kroniek van vorig jaar en andere literatuur, is de door de ACM gebruikte ernstfactor vaak een discussiepunt in kartelboetezaken.<sup>18</sup> In tegenstelling tot het jaar 2016, kwam de Rechtbank Rotterdam in geen van de zaken in het kroniekjaar tot de conclusie dat de

ernstfactor zou moeten worden verlaagd.<sup>19</sup> Hoewel dit wel een van de beroepsgronden was van de beboete ondernemingen in bijvoorbeeld *Leesmappen* en *Garageboxen*, oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat het de door de ACM gekozen ernstfactor passend achtte.<sup>20</sup>

Het CBB kwam daarentegen net als in veel uitspraken van vorig kroniekjaar in de twee zaken uit 2017 waarbij de ernstfactor ter discussie werd gesteld, *Wmo Friesland* en *Slopersbedrijven*, tot de conclusie dat de boete moest worden verlaagd via een verlaging van de ernstfactor.<sup>21</sup> De zaak *Wmo Friesland* betreft informatie-uitwisseling tussen twee zorgaanbieders bij een vijftal aanbestedingen van huishoudelijke hulp door Friese gemeenten. Deze gemeenten waren verantwoordelijk geworden voor het inkopen van zorg als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet maatschappelijke ondersteuning (hierna: Wmo) als opvolger van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (hierna: AWBZ).<sup>22</sup> Volgens de ACM had de zorgaanbieder, die appellant is in deze zaak, concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld met een andere zorgaanbieder over hun inschrijf- en prijsbeleid. De inschrijving met dezelfde prijs door deze twee van de in totaal twaalf aanbidders leidde tot een vermoeden van afstemming. Na het onderzoek heeft de ACM appellant beboet met een boete van € 1 772 000 voor het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie, die met € 15 000 is verlaagd door de Rechtbank Rotterdam wegens overschrijding van de redelijke termijn.<sup>23</sup> Net als de rechtbank concludeerde het CBB dat de ACM de overtreding terecht heeft vastgesteld en dat deze gedraging een mededingingsbeperkende strekking had.<sup>24</sup> Het CBB verlaagde echter de ernstfactor omdat de ACM bij de vaststelling van de boetehoogte onvoldoende rekening had gehouden met de aard en gevolgen van de gedragingen.

Het CBB verlaagde de boete met bijna € 1 000 000 van € 1 772 000 naar € 767 000 vanwege de gevolgen van de mededingingsbeperkende gedraging. Zoals volgend uit vaste rechtspraak, stelde het CBB dat kartelboetes dienen te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel ex artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en dat daarbij rekening dient te worden gehouden met onder meer de aard en ernst van de overtreding, de mate waarin deze

17 In een vreemdelingenzaak kwamen de Afdeling en de staatsraad advocaat-generaal – die gevraagd was om een conclusie te nemen – in 2017 tot het oordeel dat het, zonder goede reden, inbrengen van nieuw bewijs door een bestuursorgaan na voltooiing van de besluitvorming in strijd is met de goede procesorde. Met verwijzing naar een eigen uitspraak (ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4034) stelt de Afdeling dat het bestuursorgaan het dragend bewijs van een overtreding – het bewijs dat aan de boeteoplegging ten grondslag moet liggen – bij voltooiing van de besluitvormingsprocedures dient te hebben geleverd. Betreffende de toepassing van de bestuurlijke lus stelt de Afdeling dat 'indien zich in beroep of hoger beroep een bewijsgebrek openbaart, terwijl het betrokken bestuursorgaan redelijkerwijs reeds ten tijde van de voltooiing van de besluitvorming over het ontbrekende bewijs had kunnen en moeten beschikken, de goede procesorde zich zal verzetten tegen toepassing van de bestuurlijke lus'. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819; conclusie van Staatsraad A-G L.A.D. Keus van 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034.

18 Outhuijse 2017; A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: Why do undertakings in the Netherlands appeal?', *Competition Law Review* 2018 (nog niet gepubliceerd).

19 Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738 (*Limburgse bouwzaken*).

20 Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5744 en ECLI:NL:RBROT:2017:5765 (*Leesmappen*); Rb. Rotterdam 16 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1907 (*Prefab Garageboxen*). Zie ook Outhuijse 2018 (nog niet gepubliceerd).

21 CBB 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Wmo Friesland*); CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopersbedrijven*).

22 De beschrijving van de zaak *Wmo Friesland* heeft enige overlap met J.J.A. Waverijn & A. Outhuijse, 'Annotatie CBB 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1', *AB* 2017/237.

23 Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912 (*Wmo Friesland*).

24 CBB 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Wmo Friesland*).

aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. In het onderhavige geval diende de boete volgens het CBb te worden verlaagd gelet op de mate van (rest)concurrentie, de beperkte intensiteit van de samenwerking, de beperkte gevolgen van de gedragingen voor de patiënten, de beperkte mogelijkheid tot prijsopdrijving door maximumprijzen en omdat in de hoogte van de boete onvoldoende rekenschap was gegeven aan de impact van de omslag van de AWBZ naar de Wmo voor appellant. Op basis van deze omstandigheden achtte het CBb een verlaging van de ernstfactor van 1,5 naar 0,5 gerechtvaardigd.

In de zaak *Slopersbedrijven* verlaagde het CBb tevens de ernstfactor op basis van de aard van de gedragingen en de gevolgen daarvan voor de mededinging. De zaak betreft het afstemmen van inschrijfprijzen bij aanbestedingen voor sloopwerkzaamheden door middel van prijslenen (coverpricing).<sup>25</sup> Bij coverpricing spreken twee ondernemingen af dat de eerste onderneming, die geen interesse heeft in het winnen van de aanbesteding, voor een hogere prijs inschrijft dan de tweede onderneming. Hierdoor heeft de tweede onderneming een grotere kans op gunning en blijft de eerste onderneming in beeld bij de aanbestedende dienst voor een eventuele volgende aanbesteding waar wel interesse in is. Zowel de Rechtbank Rotterdam als het CBb heeft het oordeel van de ACM onderschreven dat coverpricing een strekkingsbeperking vormt, maar zij onderschreven niet de door de ACM gehanteerde ernstfactor.<sup>26</sup> De rechtbank concludeerde dat coverpricing minder ernstig is dan bid-rigging (het onderling verdelen van de opdracht al dan niet met compensatie) en dat het toepassen van de ernstfactor van bid-rigging tot een onevenredige boete leidde.<sup>27</sup> Om die reden verlaagde de rechtbank de ernstfactor van 1,75 naar 1,5 in 2015. Het CBb achtte in het kroniekjaar een verdere verlaging gerechtvaardigd. Net als de rechtbank concludeerde het CBb dat er een onderscheid dient te worden gemaakt tussen coverpricing en ernstigere vormen van mededingingsbeperkende praktijken bij aanbestedingen zoals bid-rigging. Volgens het CBb was een belangrijk onderscheid dat coverpricing in tegenstelling tot bid-rigging niet de uitkomst van de aanbesteding bepaalt en daarom niet als zeer zware, maar zware overtreding moet worden aangemerkt. Gelet op de voor zware overtredingen geldende bandbreedte van tussen 0 en 2, achtte het CBb een ernstfactor van 1 passend.<sup>28</sup> Beide uitspraken bevestigen de eerdere rechtspraak van het CBb in *Eerstejaars Plantenuien* inhoudende dat hoewel de ACM geen onderzoek hoeft te doen naar de gevolgen van de overtreding voor de vaststelling van de overtreding bij een

strekkingsbeperking, de ACM de gevolgen wel in acht dient te nemen bij berekening van de boete en in het bijzonder bij de vaststelling van de ernstfactor.<sup>29</sup>

Tot slot zijn deze CBb-uitspraken noemenswaardig omdat het CBb zijn eerdere uitspraken met betrekking tot de stellingname in het kader van de merkbaarheidstoets bevestigde. Het CBb oordeelde dat de merkbaarheid als onderdeel van de kwalificatietoets als strekkingsbeperking dient te worden beoordeeld, maar geen afzonderlijke toets vormt.<sup>30</sup> Deze uitspraken van het CBb bevestigen de aanname in de kroniek van vorig jaar dat hiermee na jaren van onzekerheid een vaste lijn in de bestuursrechtelijke rechtspraak is bereikt. Ook de Rechtbank Rotterdam heeft deze lijn overgenomen in haar rechtspraak in 2017 en concludeerde, in tegenstelling tot haar rechtspraak in 2016, dat een afzonderlijk onderzoek naar de merkbaarheid van de mededingingsbeperking niet meer nodig is.<sup>31</sup> De vaste lijn lijkt kortom te zijn dat de te toetsen elementen van het merkbaarheidsvereiste, zoals de positie op de markt van de onderneming, onderdeel zijn van de kwalificatietoets als strekkingsbeperking en geen afzonderlijke toets vormen.

### 2.3. Onderzoeksbevoegdheden ACM

In twee verschillende zaken kwam de Rechtbank Den Haag tot de conclusie dat de ACM rechtmatig gebruik had gemaakt van haar onderzoeksbevoegdheden gedurende een bedrijfsbezoek.<sup>32</sup> In beide zaken hadden de bezochte ondernemingen na het bedrijfsbezoek een kort geding aangespannen en daarbij gesteld dat ACM's handelswijze bij de samenstelling van de 'onderzoeksdataset' onrechtmatig was doordat de onderzoeksdataset onnodig veel privé-/niet-zakelijke en geprivilegieerde gegevens zou bevatten. De eerste zaak betrof verdenking van misbruik van een economische machtspositie en de gegevens betroffen onder meer kopieën van e-mailcorrespondentie en gedeeltes van de digitale werkomgeving van meerdere werknemers van de onderzochte onderneming. De Rechtbank Den Haag wees de vorderingen om de ACM te verbieden bepaalde documenten die als niet-zakelijk/geprivilegieerd aangemerkt gegevens bevatten te gebruiken af, aangezien de samenstelling van de 'onderzoeksdataset' voldoende zorgvuldig en gericht was. Volgens de voorzieningenrechter was de ACM bij de selectie voldoende selectief te werk gegaan en was voldoende aannemelijk dat de betreffende documenten relevant zijn in het kader van haar onderzoek. Bij de tweede zaak die de verdenking van een marktverdelingsafpraak bij een aanbesteding betrof, oordeelde de Rechtbank Den

25 Zie ook Outhuijse 2017 en Outhuijse 2016.

26 Rb. Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8610 (*Slopersbedrijven*); CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopersbedrijven*).

27 Rb. Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8610 (*Slopersbedrijven*).

28 CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopersbedrijven*).

29 CBb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:272 (*Eerstejaars plantenuien*).

30 Zie voor uitgebreide uitwerking van deze stelling en de praktijk van de laatste jaren op het gebied van het merkbaarheidsvereiste Outhuijse 2017, p. 200-204.

31 Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5744 en ECLI:NL:RBROT:2017:5765 (*Leesmappen*). Zie Outhuijse 2017, p. 200-204 voor rechtspraak uit 2016.

32 Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7968; Rb. Den Haag 22 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14150.

Haag dat de ACM een integrale kopie van de mobiele telefoons van diverse medewerkers mocht maken, aangezien op de mobiele telefoon zakelijke gegevens stonden, en ACM's Digitale Werkwijze voor de desbetreffende personen voldoende waarborgen biedt om de privé- en geprivilegieerde gegevens te laten verwijderen waardoor deze niet in de 'onderzoeksdataset' zouden vallen.

#### 2.4. Wet Markt en Overheid

In het kroniekjaar was er volop aandacht voor de Wet Markt en Overheid (hierna: WMenO), onder meer door middel van een conceptwetsvoorstel voor aanscherping van de regels, het regeerakkoord<sup>33</sup> en de rechtspraak. De WMenO heeft als doel het tegengaan van oneerlijke concurrentie door publiekrechtelijke rechtspersonen en overheidsbedrijven. Zoals geformuleerd in artikel 25g lid 1 Mededingingswet (hierna: Mw) zijn overheidsbedrijven ondernemingen waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon het beleid kan bepalen of waarin zij deelneemt.<sup>34</sup> Ingevolge de wet dienen publiekrechtelijke rechtspersonen en overheidsbedrijven zich aan vier gedragsregels te houden indien zij concurreren met particuliere ondernemers.<sup>35</sup> Zo mogen overheidsbedrijven niet worden bevoordeeld door de overheid ten opzichte van concurrenten en moeten overheden alle kosten die zij maken voor een dienst doorberekenen in de prijs. De gemeenteraad of provinciale staten kunnen echter een algemeen-belangbesluit in de zin van artikel 25h lid 5 Mw nemen waardoor deze gedragsregels niet gelden voor de economische activiteiten die de publiekrechtelijke rechtspersonen of overheidsbedrijven verrichten in het algemeen belang.<sup>36</sup> Het overheidsorgaan dient hierbij te motiveren waarom een economische activiteit in het algemeen belang wordt uitgevoerd.

In diverse zaken in de kroniekperiode is tegen een dergelijk besluit van verschillende gemeenteraden geprocedeerd. In relatief veel van deze zaken kwam de Rechtbank Rotterdam tot de conclusie dat er gebreken in deze besluiten zaten, bijvoorbeeld vanwege gebrekkige motivering<sup>37</sup> of onzorgvuldig onderzoek.<sup>38</sup> Slechts in een ruime minderheid van de zaken concludeerde de rechtbank dat het

algemeen-belang-besluit niet in strijd was met de Mededingingswet.<sup>39</sup>

De rechtspraak uit het kroniekjaar bevestigt het weinig positieve beeld dat bestaat over de WMenO, zoals bijvoorbeeld geuit in het regeerakkoord,<sup>40</sup> hetgeen tevens aanleiding vormde voor het conceptwetsvoorstel dat dit jaar werd gepubliceerd voor aanscherping van de regels in de WMenO.<sup>41</sup> In het conceptwetsvoorstel worden nieuwe procedures geïntroduceerd voor de toepassing van het algemeen-belang-besluit, inhoudende het gebruik van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit de Awb ter voorbereiding van dit besluit en de introductie van een evaluatiemoment vijf jaar nadat het besluit is genomen.

### 3. Overzicht civielrechtelijke jurisprudentie

Ook dit jaar zijn er diverse zaken uit de civielrechtelijke jurisprudentie die onderwerp kunnen vormen van deze kroniek. Het grootste deel van de zaken heeft betrekking op overtredingen van het kartelverbod, maar in sommige zaken betreft het misbruik van machtspositie.<sup>42</sup>

#### 3.1. Stand-alone zaken

In een grote veelheid en verscheidenheid aan zaken in de civielrechtelijke jurisprudentie wordt door individuen een beroep gedaan op het mededingingsrecht. In sommige zaken is het duidelijk een laatste strohalm die wordt aangegrepen hoogstwaarschijnlijk vanuit de gedachte 'baat het niet, dan schaadt het niet'.<sup>43</sup> Vanwege de hoge bewijsstandaard waaraan moet worden voldaan, is deze laatste grond, bijvoorbeeld door een beroep te doen op nietigheid van een overeenkomst wegens strijd met het kartelverbod om zo onder eigen verplichtingen uit te komen, over het algemeen weinig behulpzaam. Ook in de zaken waarbij de strijd met mededingingsrecht de enige beroepsgrond is, lukt het civiele partijen veelal niet om aan de op hen rustende stelplicht en bewijslast te voldoen om de overtreding aan te tonen en wijst de civiele rechter

33 Regeerakkoord 2017-2021, p. 34.

34 Artikel 25g lid 1 Mw.

35 Artikel 25i-25l Mw.

36 Artikel 25h lid 5 Mw.

37 Rb. Rotterdam 2 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8253.

38 Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:631; Rb. Rotterdam 21 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7170; Rb. Rotterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6538.

39 Rb. Rotterdam 14 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7003.

40 Regeerakkoord 2017-2021, p. 34: 'Om oneigenlijke en ongewenste concurrentie tussen overheden en private partijen te voorkomen, zal de algemeen belang bepaling in de Wet Markt en Overheid worden aangescherpt. Voor activiteiten die door overheden ontplooid worden en die anders niet of onvoldoende door marktpartijen worden aangeboden, zoals sport, cultuur, welzijn en reïntegratiediensten, blijft er een mogelijkheid om deze door overheden te verzorgen.'

41 Conceptwetsvoorstel wijziging Wet Markt en Overheid, zie [www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid).

42 Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7372. In deze zaak concludeerde de civiele rechter dat KPN geen misbruik van machtspositie kon maken omdat KPN niet over een machtspositie beschikt. KPN kon namelijk naar objectieve maatstaven niet onafhankelijk van de concurrentie opereren.

43 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 17 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4229; Hof Den Haag 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2910.

het beroep op het mededingingsrecht af.<sup>44</sup> Net als in 2016, kan voor 2017 echter ook over enkele succesvolle kartelzaken worden bericht.<sup>45</sup>

Zoals beschreven in de kroniek van vorig jaar, kwam het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in 2016 tot de conclusie dat de Stichting Geborgde Dierenarts (SGD) en de beroepsorganisatie van dierenartsen (KNMvD) artikel 6 Mw hadden geschonden door de eis te stellen dat ontwormmiddelen alleen mochten worden voorgeschreven door een geborgde rundveedierenarts of door een een-op-eendierenarts.<sup>46</sup> Deze eis strekte ertoe de mededinging te beperken en deed dit op een merkbare wijze, aldus het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. De Hoge Raad bevestigde de uitspraak van het gerechtshof grotendeels in 2017.<sup>47</sup> Volgens de Hoge Raad heeft het gerechtshof op juiste wijze de economische en juridische context beoordeeld en rekening gehouden met de aard van de producten, het functioneren en de structuur van de markten, de bedoeling van partijen en is het terecht tot de conclusie gekomen dat deze gedragingen kunnen worden aangemerkt als een strekkingsbeperking. Anders dan het gerechtshof, oordeelde de Hoge Raad dat een afzonderlijk onderzoek naar de merkbaarheid van de mededingingsbeperking niet meer nodig is als vast is komen te staan dat bepaalde besluiten een mededingingsbeperkende strekking hebben. Ondanks het feit dat in de uitspraak van de Hoge Raad een expliciete verwijzing naar de CBB-rechtspraak ontbreekt, anders dan in de conclusie van de advocaat-generaal,<sup>48</sup> sluit deze uitspraak aan bij de vaste lijn van het CBB. Net als het CBB, oordeelde de Hoge Raad dat de te toetsen elementen van het merkbaarheidsvereiste, bijvoorbeeld de positie van de onderneming op de markt, onderdeel zijn van de kwalificatietoets als de strekkingsbeperking wordt beoordeeld en geen afzonderlijke toets vormen. Het is de eerste keer dat de Hoge Raad zich mengt in de discussie op dit punt. De Hoge Raad had zich reeds kunnen uitlaten in 2013 over de gevolgen van *Expedia* voor het merkbaarheidsvereiste in de zaak *Texel*, maar zweeg op dit punt, hetgeen toentertijd opmerkelijk was aangezien advocaat-generaal Keus in zijn conclusie in de zaak *Texel* wel op de *Expedia*-uitspraak inging.<sup>49</sup> Om herhaling te voorkomen met de kroniek van vorig jaar wordt voor de discussie over de merkbaarheid en de ontwikkeling van de rechtspraak op dit gebied verwezen naar de kroniek van vorig jaar.<sup>50</sup>

Een andere succesvolle zaak is tevens een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden waarbij een non-concurrentiebeding centraal stond.<sup>51</sup> Op grond van dit non-concurrentiebeding, dat was afgesloten bij een overname, was het de verkoper niet toegestaan om gedurende vijf jaar te concurreren met de koper. Volgens het gerechtshof kon het beding vanwege de duur niet worden gekwalificeerd als een nevenrestrictie, waardoor het kartelverbod van toepassing is. Het hof concludeerde dat het beding kon worden aangemerkt als strekkingsbeding en daarom nietig was wegens strijd met het kartelverbod. Tot slot kan de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 13 juni 2017 worden vermeld waarbij de appellant de wetsovertredende gedragingen, zijnde een marktverdelingsafspraken, niet ontkende, maar beroep deed op de bagatelbepaling ex artikel 7 lid 2 Mw.<sup>52</sup> Het gerechtshof wees dit beroep af omdat de appellant volgens het hof 'niet duidelijk gemaakt had hoe de relevante markt er volgens haar uitziet, ook heeft zij de geografische- en productdimensie van de markt waarop de marktverdelingsafspraken haar werking heeft niet of nauwelijks geconcretiseerd en onderbouwd en evenmin toegelicht waarom zij van mening is dat het gezamenlijk marktaandeel van de bij de afspraak betrokken partijen op die relevante markt minder dan 10% bedraagt'. Het hof concludeerde dat de marktverdelingsafspraken nietig is.

Een voorbeeld van een, uiteindelijk, niet succesvolle zaak is de zaak over de code alcoholverkoop die ook in de kroniek van vorig jaar is beschreven.<sup>53</sup> De Hollandse Exploitatie Maatschappij (HEM) was erin geslaagd om de Haagse Rechtbank ervan te overtuigen dat de branchevereniging van de supermarktbranche en foodservicebedrijven (CBL) het Nederlandse kartelverbod had overtreden.<sup>54</sup> Ongeveer 95% van alle Nederlandse supermarkten is aangesloten bij het CBL, dat volgens de HEM het kartelverbod overtrad door in zijn code een bepaalde methodiek om de leeftijd vast te stellen van klanten die alcohol en tabak willen kopen, voor te schrijven aan zijn leden. Deze methodiek wijkt af van de methodiek die de HEM aanbiedt. De Rechtbank Den Haag concludeerde dat het als een besluit van een ondernemersvereniging kan worden aangemerkt, dat dit besluit ertoe strekt de mededinging te beperken en daarmee in strijd is met het kartelverbod. Het Gerechtshof Den Haag kon zich niet vinden in de conclusie van de rechtbank dat de gedragingen de strekking hebben de mededinging te beperken en benadrukte

- 44 Rb. Den Haag 22 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1493; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7537; Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3114; Rb. Noord-Holland 26 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6277; HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:692.
- 45 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*Agib/SGD en KNMvD*); Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6390; Hof Amsterdam 13 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2270 (*ML Tours/X*).
- 46 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3818 (*Agib/SGD en KNMvD*).
- 47 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*Agib/SGD en KNMvD*).
- 48 Conclusie van A-G R.H. de Bock van 7 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:290.
- 49 Conclusie van A-G L.A.D. Keus van 7 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3745, punt 2.3. Zie hierover ook: M. Hengevelt & J.M. Veenbrink, 'Annotatie bij HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745 (*Texel*)', *SEW* 2014, afl. 2, p. 91-96; A. Outhuijse, 'Wat doet de Nederlandse rechter met het merkbaarheidsvereiste na *Expedia*?', *SEW* 2014, afl. 9, p. 391-397.
- 50 Outhuijse 2017, p. 200-204.
- 51 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6390.
- 52 Hof Amsterdam 13 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2270 (*ML Tours/X*).
- 53 Outhuijse 2017. Hof Den Haag 4 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:794 (*CBL/HEM*).
- 54 Rb. Den Haag 9 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2480 (*HEM/CBL en Jumbo*).



hierbij dat ingevolge de Europese jurisprudentie het begrip mededingingsbeperkende strekking restrictief dient te worden uitgelegd.<sup>55</sup> Het hof vernietigde de uitspraak van de Rechtbank Den Haag op deze grond.

### 3.2. Follow-on zaken

In veel van de Nederlandse follow-on zaken vordert de eiser schadevergoeding van een karteldeelneer volgend op een boetesluit van de Europese Commissie. Op het gebied van deze procedures heeft zich in 2017 een aantal ontwikkelingen voorgedaan.

De follow-on schadevergoedingsprocedure van TenneT tegen ABB, waar tevens over gerapporteerd is in de kronieken 2015 en 2016, biedt dit jaar ook weer noemenswaardige ontwikkelingen.<sup>56</sup> De toelaatbaarheid van het doorberekeningsverweer (zogenoemde *passing-on defence*) vormde hierbij een belangrijk discussiepunt. Een karteldeelneer kan een doorberekeningsverweer voeren indien hij wordt aangesproken door een directe afnemer, terwijl de directe afnemer de prijsverhoging dan reeds heeft doorberekend aan zijn eigen klanten. Een succesvol beroep leidt ertoe dat geen schadevergoeding kan worden toegekend aangezien er geen schade is geleden.

De achtergrond van de zaak *TenneT/ABB* betreft het wereldwijde gasgeïsoleerde schakelmateriaalkartel waarbij onder meer ABB en Alstom betrokken waren en boetes zijn opgelegd door de Europese Commissie. TenneT is vanwege geleden schade een civiele procedure gestart tegen zowel Alstom als ABB. Beide karteldeelneers hebben in de afzonderlijke procedures een beroep gedaan op het doorberekeningsverweer. De start van de spanning over de toelaatbaarheid van het doorberekeningsverweer in deze zaak ontstond doordat, hoewel het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in 2014 het door ABB aangevoerde doorberekeningsverweer accepteerde,<sup>57</sup> de Rechtbank Gelderland het door Alstom aangevoerde verweer op 10 juni 2015 verwierp.<sup>58</sup> De Rechtbank Oost-Nederland had dit verweer ook reeds verworpen in 2013 inzake *TenneT/ABB* waarop de acceptatie van het verweer door het gerechtshof in 2014 volgde.<sup>59</sup> De rechtbank verwierp in beide zaken het verweer omdat het de rechtbank aannemelijk leek dat de eindverbruikers zelf geen succesvolle procedure zouden starten en dat het staatsbedrijf TenneT de toegekende schadevergoeding ten goede zou laten

komen aan zijn klanten door het aanpassen van zijn energieprijzen en via de staatskas.

TenneT stelde cassatie in tegen het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden waarin het hof het verweer van ABB had geaccepteerd. Volgens de Hoge Raad was de rechter vrij in de keuze om de schadevaststelling te baseren ofwel op de vermogensvergelijking (artikel 6:95-6:97 BW) ofwel op de voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW).<sup>60</sup> Door de vraag naar de juridische grondslag van het verweer te beantwoorden bevestigde de Hoge Raad dat ABB een beroep toekomt op het doorberekeningsverweer en schrijft hij voor hoe het verweer kan worden toegepast. In het kroniekjaar mocht de Rechtbank Gelderland een uitspraak over deze kwestie doen in het kader van schadestaatsprocedure. De Rechtbank Gelderland oordeelde dat het beroep op het doorberekeningsverweer faalde, omdat de eindverbruikers hoogstwaarschijnlijk zelf geen succesvolle procedure zouden starten waardoor het volgens de rechtbank onredelijk is dit bedrag in mindering te brengen op de door TenneT gevorderde schadevergoeding. Daarnaast zullen de eindgebruikers via staatseigendom TenneT meeprofitieren van de schadevergoeding.<sup>61</sup> De rechtbank concludeerde dat ABB een schadevergoeding diende te betalen van € 23 100 000 te vermeerderen met de wettelijke rente. De Rechtbank Gelderland sloot met deze uitspraak aan bij haar eigen eerdere uitspraken uit 2013 in *TenneT/ABB* en uit 2015 in *TenneT/Alstom* waarbij, zoals vermeld, een vergelijkbare redenering werd toegepast.<sup>62</sup> De aansluiting bij deze rechtspraak is, ondanks de uitspraak van de Hoge Raad van vorig jaar, niet verrassend aangezien de meerderheid van de rechters in de bevoegde kamer door dezelfde personen werd gevormd.

Verder heeft de Rechtbank Amsterdam drie noemenswaardige uitspraken gewezen in de natriumchloraat en luchtvracht follow-on zaken waarbij de partijen de rechtmatigheid van het gebruikte cessiemodel ter discussie stelden.<sup>63</sup> In een dergelijk model wordt de eiser gevormd door een litigation vehicle dat de vorderingen van individuele afnemers heeft overgenomen door middel van een cessie. Zo hadden de ondernemingen die schade stelden te hebben geleden door het natriumchloraatkartel, waarvoor de Finse onderneming Kemira is beboet door de Europese Commissie, hun vorderingen gecedeerd aan Cartel Damages Claim (CDC). Deze onderneming heeft

55 Hof Den Haag 4 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:794 (*CBL/HEM*).

56 Outhuijse 2017; Outhuijse 2016.

57 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*TenneT/ABB*).

58 Rb. Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713 (*TenneT/Alstom*).

59 Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*TenneT/ABB*).

60 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT/ABB*). Volgens de Hoge Raad is de rechter vrij in de keuze om de schadevaststelling te baseren ofwel op de vermogensvergelijking (artikel 6:95-6:97 BW) ofwel op de voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW). Bij vermogensvergelijking wordt de omvang van de schade bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Bij voordeelstoerekening moet, als dezelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel voor zover dit redelijk is bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht. De voordeelstoerekening vergt een causaal verband tussen de kartelovertreiding en het voordeel.

61 Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724 (*TenneT/ABB*).

62 Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*TenneT/ABB*); Rb. Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713 (*TenneT/Alstom*).

63 Rb. Amsterdam 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3166 (*CDC/Kemira*); Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5512 (*SCC/luchtvaartmaatschappijen*); Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607 (*Equilib/luchtvaartmaatschappijen*).

vervolgens een schadevergoedingsprocedure ingesteld tegen Kemira.<sup>64</sup> In de andere zaak hadden de vrachtvervoerders hun schadevergoedingsvorderingen ontstaan uit het kartel tussen luchtvaartmaatschappijen gecedeerd aan Stichting Cartel Compensation, een Nederlandse stichting opgericht tot het verhalen van schadevergoeding, en aan Equilib.<sup>65</sup> In alle drie de zaken werd de rechtsgeldigheid van de cessie betwist door de kartel deelnemer, maar kwam de rechter tot de conclusie dat schadevergoedingsvorderingen rechtmatig zijn gecedeerd en er geen strijd is met het bepaalbaarheidsvereiste, openbare orde, de goede zeden of het fiduciaverbod (artikel 3:84 lid 3 BW).

Zowel de uitspraak van de Rechtbank Gelderland als de uitspraken van de Amsterdamse Rechtbank maken de Nederlandse jurisdictie nog aantrekkelijker voor het aanhangig maken van schadevergoedingsvorderingen dan zij al is. Nieuwe follow-on procedures kunnen dan ook worden verwacht in Nederland. CDC is reeds nieuwe follow-on procedures in Nederland gestart als gevolg van het Europese truckkartel waarbij de Europese Commissie boetes heeft opgelegd.<sup>66</sup> Voorts zijn er nog enige andere ontwikkelingen die de aantrekkelijkheid van de Nederlandse jurisdictie ten goede komen, waaronder de wetsvoorstellen om schadevergoedingsvordering door middel van collectieve acties mogelijk te maken en de introductie van twee gespecialiseerde kamers bij de Rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof Amsterdam (Netherlands Commercial Court en Netherlands Commercial Court of Appeal) die gespecialiseerd zijn in internationale handelsgeschillen met gespecialiseerde rechters, onder meer, in het mededingingsrecht en die de mogelijkheid hebben om de gerechtelijke procedure in het Engels te voeren.<sup>67</sup> Hoewel het wetsvoorstel betreffende de collectieve schadevergoedingsacties nog door de Tweede Kamer dient te worden behandeld, is het wetsvoorstel voor de introductie van de gespecialiseerde kamers op 8 maart jongstleden aangenomen door de Tweede Kamer. Voor de Engelstalige procedure bij de gespecialiseerde kamers van de Rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof

Amsterdam zal een verhoogd griffierecht gelden zodat de voorziening op het totale budget voor de rechtspraak kostenneutraal kan worden aangeboden.

#### 4. Slot

In 2017 zijn belangrijke stappen gezet richting een vaste lijn voor bepaalde thema's in zowel de publiekrechtelijke als privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Op het gebied van het merkbaarheidsvereiste is de nieuwe vaste lijn bevestigd in de jurisprudentie. Het is niet overdreven om te stellen dat na jaren van onzekerheid de rust lijkt wedergekeerd. Het CBB heeft zijn eigen jurisprudentie bevestigd en de Hoge Raad oordeelde, in navolging van het CBB, dat de te toetsen elementen van het merkbaarheidsvereiste onderdeel zijn van de kwalificatietoets als strekkingsbeperking en geen afzonderlijke toets vormen. Verder waren de successen van civiele eisers zowel in stand-alone als follow-on zaken noemenswaardig voor 2017, hetgeen tevens een verdere stap in de richting van een vaste praktijk kan zijn.

Voor de komende jaren worden tevens nieuwe interessante procedures op het gebied van het mededingingsrecht verwacht, waarbij onder meer kan worden gedacht aan de follow-on procedures die reeds bij de Amsterdamse rechter zijn aangebracht inzake het Europese truckkartel. Daarnaast kan worden gemeld, in tegenstelling tot de kroniek vorig jaar, dat er afgelopen jaar een nieuwe aanwas van ACM-boetebesluiten heeft plaatsgevonden,<sup>68</sup> hetgeen vanwege het hoge procedeerpercentage in kartelzaken hoogstwaarschijnlijk gevolgen heeft voor nieuwe zaken bij de Rechtbank Rotterdam en het CBB.<sup>69</sup> Meer uitzonderlijk is dat na jaren van afwezigheid wellicht zelfs weer een boete inzake misbruik van machtspositie door de rechters zal worden behandeld.<sup>70</sup> Grote kans dat in de kroniek over 2018 op deze ontwikkeling wordt teruggekomen.

<sup>64</sup> Rb. Amsterdam 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3166 (*CDC/Kemira*).

<sup>65</sup> Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5512 (*SCC/luchtvaartmaatschappijen*); Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607 (*Equilib/luchtvaartmaatschappijen*).

<sup>66</sup> Zie hierover [www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/trucks-cartel/](http://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/trucks-cartel/).

<sup>67</sup> Zie hierover [www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2016Z21367&dossier=34608](http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2016Z21367&dossier=34608); [www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2017Z10476&dossier=34761](http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2017Z10476&dossier=34761). Zie ook B. Braat & N. Rosenboom, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de collectieve schadeafwikkeling', *SEW* 2018, afl. 1, p. 10-19 voor meer informatie over het wetsvoorstel betreffende collectieve schadevergoedingsacties.

<sup>68</sup> Besluit van de Autoriteit Consument en Markt 30 juni 2017, kenmerk 7615\_11/84 (*Importeurs vorkheftrucks accu's*); [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/17450/ACM-start-onderzoek-naar-mogelijk-kartel-in-bunkersector](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/17450/ACM-start-onderzoek-naar-mogelijk-kartel-in-bunkersector).

<sup>69</sup> Outhuijse 2018; A. Outhuijse, 'Effective Public Enforcement of the Cartel Prohibition in the Netherlands: A Comparison of ACM Fining Decisions, District Court Judgments, and TIAT Judgments', in: A. Looijestijn-Clearie, C.S. Rusu & M. Veenbrink (red.), *Boosting the Enforcement of EU Competition Law at the Domestic Level*, Cambridge: Cambridge Scholars 2017, p. 26-52.

<sup>70</sup> Besluit van de Autoriteit Consument en Markt 22 mei 2017, kenmerk ACM/DJZ/2017/203854.